

【論説】

刑法 211 条前段「業務上過失致死傷罪」における業務概念の再検討¹

谷脇 真渡

- 1 はじめに
- 2 業務上過失致死傷罪における業務の検討
- 3 結論
- 4 おわりに

1 はじめに

刑法 211 条前段の業務上過失致死傷罪における業務概念は、現行法制定当時から、自動車運転中の過失による人身事故に対処するために拡張されてきたといっても過言ではないが、平成 19 年の刑法改正により自動車運転過失が業務上過失から切り離された。その際、自動車運転は業務である必要がないとされたため、かつては業務性が否定され重過失致死傷罪が適用されてきた事案、例えば、反復継続意思のない 1 回限りの無免許運転による人身事故についても自動車運転過失致死傷罪が適用されることになった²。もっとも、平成 25 年の「自動車の運転により人を死傷させる行為等の処罰に関する法律」（以下、「自動車運転死傷行為処罰法」という）の制定にともない、自動車運転過失致死傷罪は過失運転致死傷罪として同法に移行されたため、それを機に刑法典から削除されるに至っている³。

現在、わが国の刑法典には、過失の種類として、単純過失、重過失、業務上過失の 3 つが存在するわけであるが⁴、現行法制定当時は、単純過失致死傷罪と業務上過失致死傷罪のみが規定されているに過ぎなかった。そのため、業務性は認められないが処罰価値の高い自動車運転中の過失による人身事故

に対しては、法定刑の観点から業務上過失を適用するという解決がとられていた⁵。その後、昭和 22 年の刑法改正において、「人身保護」の観点から重過失致死傷罪が新設されたのであるが⁶、それぞれの過失がどのような関係にあるのかについて十分な検討が加えられなかったため、立法的な解決が図られたどころか、むしろ、一層複雑な様相を呈することになったのである。

このような状況を踏まえ、重過失致死傷罪が制定されたのを機に、業務上過失致死傷罪を削除すべきであったとの意見や、それぞれの過失を明確に区分し難いことに加え、単純過失とそれ以外の過失の法定刑の違いから、管轄や公訴時効の相違などの刑事訴訟法上の問題が生じることから業務上過失、重過失という加重類型を廃止して過失致死傷罪の処罰に一本化すべきであるとの立法論が、研究者だけでなく最高裁判事をはじめとする実務家からも主張されるに至っている⁷。なお、後述するように、母法であるドイツ刑法には、かつて業務上過失加重処罰規定が存在していたものの⁸、「過失致死が實際上最も問題になる自動車運転中の過失の場合、右の規定は、職業運転手だけを加重することとなる。しかし職業運転手であるか自家用運転手であるかによって刑を区別するのは適当でない」⁹との理由で、1940 年改正において削除、かつ過失致死傷罪に一本化されている¹⁰。

ところで、近時、悪質・危険な自転車運転に対する取締りが強化されているが、従来、自転車運転者が加害者となる過失による人身事故に対しては、単純過失致死傷罪¹¹か重過失致死傷罪¹²が適用され、業務上過失致死傷罪は適用されてこなかった。このような対応がとられてきた根拠としては、後述するように、業務性の要件である「行為の危険性」につき、一般的に自転車運転は人の生命身体に対する類型的な危険が小さくこれに当たらないという点が挙げられているのであるが、果たしてそうなのであろうか。

そこで、本稿は、業務上過失から自動車運転過失が切り離された現在、論じる実益は乏しいといえなくもないが、改めて判例や先行研究をもとに業務上過失概念の検討を試み、そして副次的に、これまで業務性が否定されてきた自転車運転者が加害者となる過失による人身事故に対する業務上過失致死傷罪の成否について検討するものである。

2 業務上過失致死傷罪における業務概念の検討

それでは、業務上過失致死傷罪における業務概念について、業務上過失の刑の加重根拠、単純過失・重過失と業務上過失の関係、そして業務の意義の順で、以下検討を加えることにする。

（1）業務上過失の刑の加重根拠

まず、業務上過失の刑の加重根拠について検討を加える。

判例は、「一定の業務に従事する者は、通常人に比し特別の注意義務あることは論を俟たない」¹³として、いわゆる「義務加重説」に立つものと理解されている。学説は、判例と同様、一般予防という政策的側面を重視して、「業務者には特に重い注意義務が課されている」ことを根拠とする義務加重説¹⁴と、過失の重大性を重視して、「業務者は注意能力が一般的・類型的に高いため注意義務違反の程度が著しい」とする重過失説¹⁵が主張されている。重過失説の特徴は、業務上過失は重過失の一類型に過ぎないとの理解から、例えば、内田文昭は、重過失とは、「違法性と有責性の双方」、すなわち「客観的注意義務違反と主観的注意義務違反がともに大であると評価しうる場合」であり、「立法者は、この『重大な過失』を認定するための基準を示すものとして、『業務上過失』を例示したことになるだろう」といい、「業務上過失の構成要件に該当した行為も、違法性・有責性が『重大』でなければ、改めて、単純過失の問題として再考されなければならないものである」という¹⁶。また、町野朔は、「業務者は危険な行為を業として行う者であるから、その知識・経験からして結果の主観的予見可能性が高度であるという点に業務上過失の重罰の根拠を認めるべき」という¹⁷。

確かに、重過失説によれば単純過失との関係をうまく説明することはできるが、現行法が業務上過失と重過失を区別して規定していることや重過失に先行して業務上過失を規定していたことを考慮すると、現行法とは相いれない解釈であり妥当ではない。「業務上過失致死傷罪が、注意能力の高低や過失の程度を問わずに業務者に対して刑の加重しうる規定であるのは、人身被害を発生させる危険のある業務に従事する者に重い義務を課して犯罪を予防

する」という政策的考慮によると説明できるから」¹⁸、義務加重説が妥当であると解する。

(2) 単純過失・重過失と業務上過失の関係

次に、単純過失・重過失と業務上の関係について検討を加える。

重過失の刑の加重根拠は、過失、すなわち注意義務違反の程度の重大性にあるのであって、発生した結果が重大であることや結果の発生すべき可能性が高いことは要件ではないとするのが判例¹⁹・通説であることから、これを前提とすると、業務上過失と重過失はともに単純過失の加重類型ではあるが、少なくとも義務加重説からは、両者はそれぞれ異質のもの、すなわち、前者は、政策的見地による一般予防を、後者は過失の重大性を刑の加重根拠とするものであり、そしてそもそも両者は別個の類型であるから、211 条前段には、過失の程度に応じて業務上単純過失と業務上重過失が存在すると解すべきことになる（もちろん、成立する犯罪はいずれも業務上過失である）。したがって、単純過失との関係では、単純過失行為が業務上で行われた場合、それだけを理由として非業務上の場合よりも重く処罰されるのであって、それを超えてより重く、すなわち重過失として重く処罰することは許されない²⁰。

また、211 条には、業務上単純過失、業務上重過失と非業務上重過失が同一の法定刑で規定されているが、実際上は、2つの加重事由のある業務上重過失が他の2つよりも重いと解すべきことになるから²¹、業務上重過失行為が行われた場合、成立する犯罪はあくまでも業務上過失であるが、量刑上は業務上重過失として判断されることになる。この点、判例も、「従来過失致死傷のうち業務上の過失に基くもののみを重く罰し、その他一般の場合においては重過失に基くものと軽過失に基くものとを区別することなく軽く罰していたのは新憲法の基調とする人身保護の精神に副わないものとし、一般の過失致死傷のうち重過失に基くものを業務上の過失に基くものと同列に重く罰することとして同法第二百十一条に後段の規定を新設追加するに至つた立法の経過並びに趣旨に徴すれば」、「業務上の過失によつて人を死傷に致すにおいては、それが重過失に基く場合であつても、前段の業務上過失致死傷害を構成し、後段の重過失致死傷害罪に間擬すべきものではないといわなければ

ならない」²²と判示している。したがって、業務上（重）過失と非業務上重過失は、少なくとも法条競合の関係にあると解する²³。

なお、業務上過失ではない場合、過失の軽重を検討し、単純過失に基づくものであれば単純過失致死傷罪が、重過失に基づくものであれば重過失致死傷罪がそれぞれ成立することになる。

（3）業務の意義

それでは、以上を踏まえ業務の意義について検討を加える。

確立した判例によれば、「刑法二一一にいわゆる業務とは、本来人が社会生活上の地位に基き反覆継続して行う行為であつて、かつその行為は他人の生命身体等に危害を加える虞あるもの」（最判昭和 33 年 4 月 18 日刑集 12 巻 6 号 1090 頁）をいうとし、①社会生活上の地位に基づく行為、②反復継続性、③行為の危険性が業務性を肯定するための 3 要件として、学説の支持も概ね得ているところである。しかし、個々の要件の解釈をめぐっては、その要否も含め争いがある。

①社会生活上の地位

「元来、『社会生活上の地位』という表現は、社会生活上の活動である職務、職業又は営業を他と区別するために使用され」²⁴てきたものであり、大審院判例の中にも、このような本来の意味で理解したものもあるが²⁵、周知のとおり、多くの判例はこの要件を極めて緩やかに解し、例えば、報酬利益をとまうか否か、公務か私務か、主たる事務か従たる事務か²⁶、適法か否か²⁷、本務か否か²⁸、免許の有無²⁹を問わないとし、また、行為者の目的が「収入を得るにあるとその他の欲望を充たすにあると」、「娯楽のためであつても」³⁰業務性を認めるべきであるとする。

学説においては、この要件が業務概念の中核的要素であることから、一部の大審院判例と同様に、本来の「業務」とこれに付随する補助的事務・作業に限定すべきであるとの厳格説³¹が主張されている一方で、この要件を不要とする不要説³²も有力に主張されている。確かに、「社会生活上の地位」を本来の意味で厳格に解釈した方が国民の予測可能性など罪刑法定主義に適うものであり厳格説の主張はもっともではある。しかし、ドイツで業務上過

失規定が廃止される際の理由にもあったように、自動車運転という同一の行為でありながら、職業運転手のみを加重処罰することに理由はないと思われる上、この見解を推し進めていくと、これまで判例が拡張解釈した部分についても広く業務性が否定されることになり、実態に即した解釈という観点からは、狭きに失し妥当でないと解する。かといって、不要説のように、「この要件を削除して、反復継続性だけを業務の要件と解すると、たとえば、母親が乳児に反復継続して授乳する行為まで業務ということになろうが、これは不合理な帰結」に至ることになるから、通説は、「子どもの養育、家事、飲食といった自然的生活活動を業務概念から排除するための限定」として、判例の意味で「『社会生活上の地位にもとづく』という要件を維持」しようとする³³。

以上のように、判例は、「社会生活上の地位」という要件のもと、日常用語としての「業務」とはおおよそかけ離れた活動についてまで業務性を認めており、適正な範囲に限定する機能はほぼないといえるが、通説が主張するように、それでも私的（自然的生活）領域における活動を除外するという意味において意義があることは否定できず、この限りで妥当性がある。

もっとも、後述するように、私見は、この要件には行為の危険性と相まって通説以上の意味が見出せると考えている。

②反復継続性

反復継続性は、判例において、「刑法二二一条にいわゆる業務とは、人が継続して或事務を行うにつき有する社会生活上の地位であつて、その自ら選定したものを言」^{34,35} うとするなど、前述の「社会生活上の地位」とともに早い時期から、業務性を認めるための要件とされてきたものである。この要件をめぐるのは、周知のとおり、反復継続の事実まで必要か、それともその意思で足りるのか、という形で問題になっている。

反復継続性が欠けるとして業務性を否定した判例としては、普段は自転車やスクーターで注文取り・商品の配達・集金などに従事していた酒屋の店員が、正月休みに自動車を借りてこれを運転し、事故を起こしたという事案において、たまたまその 4、5ヶ月前に 2 キロほど自動車を運転した事実があっても、反復継続の意思が欠けると判示したもの³⁶があるほか、普通免許

を有し、大型特殊免許取得の意思を有していた被告人が、大型特殊自動車を 1 ヶ月の間に工事現場で数回、昼休みの 2、30 分を利用して運転して死亡事故をひき起こしたという事案において、「被告人が大型特殊免許取得の意思を有していたとしても、それはいまだ被告人自身の独断的願望の域を出るものではなく」、「そのための練習内容も、数回、昼休みの二、三〇分位ずつを利用して一人で操作運転してみたというにとどまるのであつて、将来の反覆継続の可能性もさして大きいものではなかつたと認められる」³⁷と判示したもののなどがある。

もっとも、同種事案でありながら、業務性を肯定したものもある。例えば、米穀商である被告人が、自分の営業用に運転免許を取ろうとして空地で 2 回程練習した後、公道で軽自動 3 輪車の運転練習をしていて人を負傷させ、その後死亡させたという事案において、「自動車運転の如きは、その性質上人が社会生活上の地位に基いて行い、しかも人の生命、身体に危害を加える虞れのある行為にして、苟しくも反覆継続の意思でなされる以上業務ということを防げないから、反覆継続する意思で自動車を運転する限り、たとえその運転が練習のためであつても、又過去において運転練習した回数が二回であり、場所が空地であつたに過ぎないとしてもその運転は業務に当たるといわなければならない」³⁸と判示している。

これらの判例から明らかになることは、少なくとも、反復継続の意思がなければ業務性は認められないが、反復継続の事実については、一方でその行為を 2 回行えば反復継続性を肯定したものがあれば、他方で数回、2、30 分行った場合でも否定したものがあり、必ずしも厳格な意味で反復継続の事実が要求されているわけでもなく、また統一的な基準もないということである。

学説においては、義務加重説からは、過去に反復継続の事実がなくても、反復継続の意思があれば、たとえ 1 回目の行為でも業務上過失が成立するとの見解が主張されており、判例よりも緩やかに反復継続性を認めようとする³⁹。これに対して、重過失説からは、同種の行為を繰り返す場合にはその経験から注意可能な範囲が広がり、刑が加重されるとの理解を前提とすることから、過去における反復継続の事実を厳格に要求するのが一般的である。前掲の反復継続性を否定した昭和 45 年釧路地裁帯広支部判決も「結局、被告人は大型特殊自動車の運転につき、いまだ、社会通念上、特別の知識、経験

を有し、そのため特別の注意能力を期待されてしかるべき地位にあつたとまでいうことはできない」と判示していることから、この見解と軌を一にしていると思われる。

もっとも、業務上過失の刑の加重根拠を重過失に求めつつ業務上過失を「類型化された重過失」と解する立場から、「行為の危険性と反復継続性は、一方が高度なら他方を緩やかに解しうるという意味において、相互補完的な要素である」との理解に立って、「危険の存在が明瞭な行為については、予見可能性の程度が高いことが想定されるから反復継続性の要件」を判例や義務加重説のように緩めることが可能である⁴⁰と主張されているところである。

以上の検討から、判例や義務加重説が主張するように、過去に反復継続の事実がなくても、反復継続の意思があれば、たとえ 1 回目の行為でも業務上過失が成立するとことに合理性があると解する⁴¹。

③行為の危険性

行為の危険性については、すでに前掲大正 13 年大審院判決において触れられてはいたものの、明示的に判示したのは前掲昭和 33 年最高裁判決が最初である。なお、「人の生命身体等に危害を加える虞あるもの」のほか、「人の生命・身体の危険を防止することを義務内容とする業務も含まれる」(最終昭和 60 年 10 月 21 日刑集 39 巻 6 号 362 頁)とすることには見解の一致を見ている。

この要件との関係で特に問題になるのが、本稿の関心事でもある自転車運転の業務性についてである。前述したとおり、実務においては、自転車運転者が加害者となる過失による人身事故に対して、業務上過失致死傷罪を認めたものではなく、単純過失致死傷罪か重過失致死傷罪の成立を認めている。学説においても、例外的に「メッセンジャーボーイ」⁴²や「競技者等による場合」⁴³について⁴⁴、業務上過失が成立する余地を認める見解もあるが⁴⁵、原則的には、この要件が欠けていることを理由に自転車運転の業務性を否定するのが通説である。主な根拠として、例えば、自転車は、「主として人の脚力のみで走行し、軽量で操作が容易であって、その運転速度も通常は他人に重大な傷害を負わせる可能性が一般的・類型的に大きいとはいえず、運転自体の危険性に乏しいともいえる。また、日常生活上誰でも利用できるもので

あるという点にも業務性を否定する根拠がある」⁴⁶ というもの、「自転車の運転に対しては個別的には危険性を認めうるが、一律に・類型的にこれを危険な事務・業務に含めるべきではない。もしこれを肯定すると、老人等の自転車運転に対しても業務上過失致死傷罪が適用されることになるが、このような処理は妥当でないといえる」⁴⁷ というもの、さらに「通常の自転車の走行によって生じた致傷結果について業務上過失傷害とするのは、社会常識に合わないように思われる」⁴⁸ というものが挙げられる⁴⁹。また、重過失説に立つ町野朔は、「刑法 211 条が死傷の結果を区別せず一律に重い法定刑を規定しているのも、生命に危害が及びうるような行為を行ったが傷害の結果にとどまった場合であっても、死の結果が生じた場合と実質上区別する必要がないという考え方によるものだからである。またこのように限定しなければ、社会生活上反復継続される行為から、業務上過失致死傷罪の範囲は事実上無限に広がることになってしまう」から、「生命に対する類型的な危険行為限定すべきであり、身体に対する危険行為では十分でない」とすべき⁵⁰ として、新聞配達における自転車運転の業務性を否定する。

確かに、重過失説に立つのであれば、重過失致死傷罪との整合性から「生命に対する類型的な危険行為に限定」することには理由があると思う。しかし、同じく重過失説に立つ平野龍一は、「業務上の行為は危険な行為であり、たまたま傷害の結果しか生じなかったとしても、それはいわば『致死未遂』なのであって、致死の結果が生じた場合と、情状において大差はない」と述べるが、続けて「しかし結果が死か傷かは、やはり大きな違いである」⁵¹ という。211 条は業務上過失も重過失も死傷の結果を区別せず規定しているが、209 条と 210 条の関係からも明らかなように、結果の違いは重大であるから発生した結果の違いに着目して、また、義務加重説からは、業務上過失と重過失は別個のものと理解するのであるから過失の内容に着目して、結局 211 条前段には、（量刑上）業務上単純過失傷害罪と業務上単純過失致死罪、業務上重過失傷害罪と業務上重過失致死罪の 4 つの類型が規定されていると解すべきである。そうすると、業務上過失は、生命に対する類型的な危険行為に限定する理由はなく、身体に対する類型的な危険行為も当然対象となりうる。

しかし、そもそも危険な行為性というのは、なにも業務上過失だけに必要

なわけではなく、単純過失でも重過失でも同様なものではなかろうか⁵²。そうであるならば、行為の危険性というのは、結局のところ、すべての過失行為に共通の実行行為の実質的内容、すなわち結果発生の類型的危険性を指すのであり、業務上過失固有の要件ではないと思われる。以上のことを前提とすれば、単純過失か重過失かを問わず、これまで過失致死傷罪が成立した事案については、「社会生活上の地位」あるいは「反復継続性」が欠けない限りは、業務上過失致死傷罪が成立することになり、当然のごとく自転車運転者が加害者となる過失による人身事故も業務上過失致死傷罪が成立することになる。

ただ、業務性を認めるための要件として、行為の危険性に固有の意味を持たせようとするのであれば、前掲昭和 33 年最高裁判決が判示した「人の生命身体等に危害を加える虞あるもの」における生命身体「等」に着目することが有効であると考え（もっとも、前掲昭和 60 年最高裁決定では、「人の生命・身体の危険を防止する」として「等」という文言はない。）。

④検討

ここでいう「等」は、もちろん、業務上過失致死傷罪が生命身体を保護の客体とした規定である以上、生命身体以外の法益に対する侵害の危険のみがある場合、本罪が成立しないことはいうまでもない⁵³。この「等」が何を指すのかについては、昭和 33 年最高裁判決もその調査官解説⁵⁴も一切触れていないが、おそらく人の生命身体に危害を加えるおそれがある際に付随して侵害される法益であることは疑いを入れない。これを前提とすれば、まずもって財産が挙げられると思うが、これについては単純過失・重過失においても同じであるから、財産という法益はあまり重要ではない。

単純過失・重過失と業務上過失との大きな違いは、後者は、当該活動の場が社会的領域であるが故に、不特定多数人の生命身体といった法益に危害を加えるおそれが、私的領域の場合よりも大きいことにある。社会的領域において、不特定多数人の法益に危害を加えるおそれのある行為を遂行することで何らかの利益を得ようとする者は、それ相応の義務が課されてしかるべきなのであり、そのような義務に違反したことが業務上過失の刑の加重根拠であると解する。この限りで、刑法典上、業務上過失規定のある業務上失火罪

（117 条の 2）や業務上過失往来罪（129 条 2 項）と同様に、業務上過失致死傷罪も公共危険犯であると理解することができる。この点については、すでに、戦前の業務上過失の刑の加重根拠をめぐる学説において「刑の重きは公共危険に鑑み政策的見地より一般予防の為にのみ存在の価値があるに過ぎぬ」⁵⁵との主張があったところであるが、正当であると思う。以上のような理解に立てば、社会的領域において、不特定多数の法益に危害を加えるおそれのある行為を遂行することで何らかの利益を得ようとするからこそ業務性が認められるのであって、「社会生活上の地位」とは私的領域における活動を除くという消極的な意味ではなく、行為の危険性と相まってより積極的な意味が見出されることになると思われる⁵⁶。したがって、業務上過失致死傷罪は、1 次的には「生命身体」を保護法益とするものであるが、2 次的（副次的）には公共危険犯としての性格を有すると解する⁵⁷。

私見のような理解を前提とするならば、単純過失と重過失は、私的領域においてのみ問題になるに過ぎないことになる。この点、私的領域における活動について、類型的な重過失を肯定することは困難であるという指摘もあるが⁵⁸、例えば、知識は有するが技能を有しないふぐ調理の無資格者が、自ら釣ってきた有毒ふぐを解体調理し夕食の際に家族に提供したところ、それを食べた家族が中毒死したような場合などは、重過失を認めてもよいように思われ、私的領域における活動であっても、重過失致死傷罪が成立する余地はあると解する。もっとも、理論的には成立すると主張するだけであって、実際上は、私的領域での出来事であることに鑑みて、死亡事案も含め起訴すべきではない場合が多いと思われる。

3 結論

以上の検討から、業務上過失の刑の加重根拠を義務加重説に求め、社会的領域において不特定多数人の法益に危害を加えるおそれのある行為であるが故に業務性が肯定されるという結論に至った。したがって、私見によると、従来の判例・学説よりも、業務概念を拡張し、これまで実務において業務性が否定されていた事案、例えば、自転車運転についても広く業務上過失致死傷罪の成立が認められることになる。

このような私見に対しては、厳罰化であるだけでなく国民の行動を萎縮させることにもつながりかねないとの指摘が容易に想像できる。しかし、成立する犯罪は業務上過失致死傷罪であっても、業務上過失致死傷罪の法定刑の下限は、単純過失傷害罪との関係では科料こそ規定されていないが、いずれも一万円以上の罰金であり、刑の量定に際して著しい不都合は生じないと考えるし、実際にこれまでの実務の対応⁵⁹も妥当であると思われる。

もっとも、結果が傷害にとどまった場合、単純過失であれば親告罪であるのに、業務上過失であれば非親告罪となるから、この点については問題がないとはいえない。そこで、この問題を解決するために、すでに学説でも指摘されているように、過失運転傷害罪においては、結果が軽微な傷害にとどまった場合には刑の裁量的免除が認められることとの均衡から、業務上過失傷害罪においても同様の免除規定を創設する必要があると思われる⁶⁰。

ただ、私見のように業務上過失の成立範囲を拡張するのであれば、非業務上単純過失致死傷罪と非業務上重過失致死傷罪が成立する余地は、私的領域の場合に限られ、また私的領域での出来事であることに鑑みて処罰自体を慎むべきであるというのであれば、業務・非業務を区別する意義はなく、一部の学説などが主張するように、業務上過失致死傷罪を廃止して、単純過失致死傷罪と重過失致死傷罪か、より端的に過失致死傷罪に一本化するという立法にも合理性があるように思われる。

4 おわりに

今回は、211 条前段の業務上過失致死傷罪のみを検討対象としており、そのほかの業務上過失および過失の内容との整合性の観点からは検討していない。これらの点との関係については、今後の課題としたい。

【註】

- 1 本稿は、桐蔭法学研究会で報告した「刑法 211 条前段『業務上過失致死傷罪』における業務概念の再検討」を加筆・修正したものである。

- 2 浅田和茂ほか編『新基本法コンメンタール刑法』（2012、日本評論社）〔北川佳世子〕464 頁。この類型に該当する判例として、最決昭和 29 年 4 月 1 日裁判集刑 94 号 49 頁、大阪高判昭和 36 年 5 月 11 日下刑集 3 巻 5=6 号 406 頁。なお、伊藤栄二ほか『『刑法の一部改正を改正する法律』について』曹時 59 巻 8 号 27 頁以下。
- 3 日本における業務上過失致死傷罪の立法史について、川本哲郎「刑法における業務の概念」同志社法学 37 巻 1・2 号（1985）137 頁以下。ここで、業務上過失致死傷罪に関連した主な改正を簡単に概観しておく。

〈昭和 22 年改正（法律第 124 号）〉

重過失致死傷罪が 211 条後段に新設された（前段は業務上過失致死傷罪で法定刑は同じ）。これは、単純過失致死傷罪に対する刑罰があまりにも軽く、人命尊重の理念に適合した適切な量刑をなし得ないことから、過失のうち特に重大なものについて、業務上過失と同じ刑を科しうることにしたものである。

〈昭和 43 年改正（法律第 61 号）〉

211 条の法定刑に懲役が追加、さらに刑期の上限が 3 年から 5 年へ引き上げられた。

〈平成 13 年改正（法律第 138 条）〉

自動車運転に係る軽微な業務上過失致傷罪に対する刑の裁量的免除規定新設された（211 条 2 項）。この免除規定は、危険運転致死傷罪新設（208 条の 2）にともない導入された。

〈平成 18 年改正（法律第 36 号）〉

罰金の上限が 50 万円から 100 万円へ引き上げられた。

〈平成 19 年改正（法律第 54 号）〉

自動車運転過失致死傷罪が 211 条 2 項本文に新設（法定刑として自由刑の上限が 7 年）された。

〈平成 25 年改正（法律第 86 号）〉

「自動車の運転により人を死傷させる行為等の処罰に関する法律（法律第 86 号）」制定により、自動車運転過失致死傷罪は過失運転致死傷罪として同法に移行された（刑法典からは削除）。

簡単にまとめるならば、昭和時代は重過失の新設、平成に入ってから、

自動車運転過失関連の改正が注目される。また、法定刑が重くなる一方で、自動車運転過失については刑の裁量的免除規定を設けるなど、とりわけ社会問題化した自動車事故の厳罰化と緩罰化とを同時にはかり、事案に即した柔軟な解決を可能にしようとの試みが窺われる (松原芳博『刑法各論』(2016、日本評論社) 76 頁)。

- 4 これらのほか、前述した自動車運転死傷行為処罰法に自動車運転過失がある。
- 5 佐藤輝幸「刑法二一条一項における業務上過失及び重大な過失の概念」千葉大学法学論集 27 卷 1 号 (2012) 123 頁。
- 6 団藤重光編『注釈刑法 (5) 各則 (3) [復刊版]』(1991、有斐閣) 126 頁 [藤木英雄]。
- 7 内田文昭『刑法各論 [第 3 版]』(1996、青林書院) 60 頁、松宮孝明『過失犯論の現代的課題』(2003、成文堂) 101 頁、最決昭和 60 年 10 月 21 日刑集 39 卷 6 号 362 頁における谷口正孝裁判官の補足意見、安廣文夫『判例解説』『最高裁判所判例解説刑事篇 (昭和 60 年度)』(1989、法曹会) 189 頁など。
- 8 もっとも、日本刑法とは異なり、「公務、職務又は営業上 (vermogens seines Amtes, Berufes, oder Gewerbes)」という文言をもって「業務上」と表現されている
- 9 Deutsche Justiz, Rechtspflege und Politik, 1940, S.508. ただし、原典入手することができなかったため、平場安治ほか編『刑法改正の研究 2 各則一改正草案の批判的検討一』(1973、東京大学出版会) 295 頁 [平野龍一] に依拠した。
- 10 なお、ドイツにおける業務上過失致死傷罪の立法史については、松宮・前掲註 (7) 78 頁以下が非常に詳しい。加えて、内田・前掲註 (7) 58 頁も参照。
- 11 単純過失致死傷罪の成立を認めたものとして、大阪高判昭和 42 年 1 月 18 日判時 208 号 206 頁。
- 12 重過失致死罪の成立を認めたものとして、大阪地判平成 23 年 11 月 28 日判タ 1373 号 250 頁、大阪地判平成 24 年 3 月 23 日 LLI/DB 判例番号 L06750172、千葉地判平成 28 年 2 月 23 日 LLI/DB 判例番号 L07150109 が、

また、重過失致傷罪の成立を認めたものとして、東京高判昭和 57 年 8 月 10 日刑月 14 卷 7=8 号 603 頁。

- 13 最判昭和 26 年 6 月 7 日刑集 5 卷 7 号 901 頁。
- 14 団藤重光『刑法綱要各論〔第 3 版〕』（1990、創文社）432 頁、大谷實『刑法講義各論〔新版第 4 版補訂版〕』（2015、成文堂）50 頁以下、西田典之『刑法各論〔第 6 版〕』（2012、弘文堂）62 頁など通説。
- 15 平野龍一『刑法概説』（1977、東京大学出版会）89 頁、内田・前掲註（7）60 頁、小暮得雄ほか編・『刑法講義各論一現代型犯罪の体系的位置づけ一』（1988、有斐閣）54 頁〔町野朔〕など。なお、山口厚『刑法各論〔第 2 版〕』（2010、有斐閣）67 頁は、「義務加重説は、一定の危険な行為について、行為者の能力とは別に、業務上過失が実際には広く適用されている現実を説明しうが、そうした現実が不当ではないといいうるためには、過失の重大性が肯定される必要があるという重過失説の指摘は無視しえない」から、「業務行為の危険性又は反復継続性により重過失を典型的に肯定しうるような事例について、業務上過失致死傷罪が適用されるべきもの」とし、この意味において、業務上過失を「類型化された重過失」と解する。
- 16 内田・前掲註（7）61 頁。
- 17 小暮ほか編・前掲註（15）54 頁〔町野〕。
- 18 浅田ほか編・前掲註（2）462 頁〔北川〕。
- 19 前掲東京高判昭和 57 年 8 月 10 日刑月 14 卷 7=8 号 603 頁。
- 20 繰り返しになるが、業務上と重過失は、加重根拠が異なる別個のものだからである。さらにいうならば、過失は程度を付しうる概念であるが、業務性は存否の問題に過ぎないからである。
- 21 もっとも、業務上単純過失と非業務上重過失の軽重は必ずしも明らかでない。
- 22 仙台高判昭和 30 年 11 月 16 日裁特 2 卷 23 号 1205 頁。
- 23 なお、佐藤・前掲註（5）頁は、法条競合の択一関係にあるという。
- 24 三井明「判例解説」『最高裁判所判例解説刑事篇（昭和 33 年度）』（1959、法曹会）249 頁。
- 25 例えば、大判昭和 10 年 11 月 16 日刑集 14 卷 1114 頁、大判昭和 14 年 5 月

- 23 日刑集 18 巻 283 頁など。
- 26 以上、大判大正 8 年 11 月 13 日刑録 25 輯 1081 頁。
- 27 大判大正 13 年 3 月 31 日刑集 3 巻 264 頁。
- 28 最判昭和 26 年 6 月 7 日刑集 5 巻 7 号 1236 頁。
- 29 福岡高宮崎支部判昭和 27 年 7 月 9 日判特 19 号 178 頁、東京高判昭和 30 年 7 月 25 日高刑集 8 巻 5 号 714 頁。
- 30 以上、前掲最高裁昭和 33 年判決。もっとも、前掲大判大正 13 年 3 月 31 日刑集 3 巻 264 頁は、娯楽目的の狩猟は業務ではないとしていたが、最高裁は業務性を認めるに至った。
- 31 内田・前掲註 (7) 60 頁、曾根威彦『刑法各論〔第 5 版〕』(2012、成文堂) 34 頁。
- 32 団藤・前掲註 (14) 434 頁、植松正『再訂刑法概論Ⅱ各論』(1975、勁草書房) 頁。また、このことを正面から支持する下級審判例もある(例えば、大阪高判昭和 37 年 10 月 25 日高検速報昭和 37 年 6 号 15 頁)。
- 33 福田平「業務上過失致死傷罪における業務」平野龍一編『刑法の判例〔第 2 版〕』(1972、有斐閣) 232 頁。
- 34 前掲大判大正 8 年 11 月 13 日刑録 25 輯 1081 頁。
- 35 「自ら選定したこと」を業務性を認める上で重要な要素と理解するのは、佐藤・前掲註 (5) 150 頁(特に、157 頁以下、163 頁)。
- 36 東京高判昭和 35 年 3 月 22 日東時 11 巻 3 号 73 頁。なお、東京高判昭和 35 年 5 月 12 日東時 11 巻 5 号 108 頁。
- 37 釧路地裁帯広支部昭和 45 年 6 月 12 日判タ 255 号 309 頁。なお、本件に対しては、重過失致死罪の成立を認めている。
- 38 福岡高宮崎支部判昭和 38 年 3 月 29 日判タ 145 号 199 頁。
- 39 団藤編・前掲註 (6) 130 頁〔藤木〕、大谷・前掲註 (14) 52 頁。
- 40 山口・前掲註 (15) 67 頁以下。なお、伊藤渉ほか『アクチュアル刑法総論』(2005 年、弘文堂) 127 頁〔小林憲太郎〕。
- 41 もっとも、業務上過失から自動車運転過失が切り離された現在、この要件が問題になることはほとんどないように思われる。
- 42 泉二新熊『日本刑法論下巻(各論)〔訂正 44 版〕』(1939、有斐閣) 563 頁。
- 43 山口・前掲註 (15) 69 頁。

- 44 大塚仁ほか編『大コンメンタル刑法〔第3版〕』（2014、青林書院）35頁〔和田雅樹〕は、「自転車の形態等によっては、類型的に危険性の高いものもあり、自転車運転についても本罪の適用を検討して然るべき場合が存するように思われる。」としている。
- 45 わずかに、齊藤信幸『新版 刑法講義〔各論〕』（2007、成文堂）68頁が、「なお、危険業務でないものとして、自転車の運転などがあげられている。なぜ、自転車の運転は業務に入らないのであろうか。判例・学説は、業務の要件として、人の生命・身体に対する危険の度合いが自動車や原動機付自転車（いわゆるミニバイク）に比べて著しく少ないという理由による（原動機付自転車の運転を「業務」として判例として、名古屋高判昭和32・6・13裁決4・13・304頁）。しかし、昨今の道路事情や自転車の性能を考えると、立法当時の条件とは著しく変わってきており、自転車事故による致傷という事例は、むしろ当然といってもよいくらいである。したがって、業務の要件として人の生命・身体に対する危険という点で自転車の運転を業務から除外することは一考を要すると思われる。換言するならば、自転車の運転を「業務」から除外するのであれば、業務の要件として「生命に対する危険」という点を重視すべきではなからうか。」と自転車運転の全面的な業務性を認めようとしている。
- 46 前田雅英ほか編『条解刑法〔第2版〕』（2007、弘文堂）576頁。もっとも、本文でも引用した記述は、該当頁の「(ア) 社会生活上の地位」の項目に記載されている。
- 47 岡野光雄『刑法要説各論〔第5版〕』（2009、成文堂）34頁。
- 48 大谷・前掲註（14）53頁。
- 49 そのほか、個別的な危険性は認めるものの類型的な危険性までは認めないものとして、西田・前掲註（14）64頁、高橋則夫『刑法各論〔第2版〕』（2014、成文堂）79頁、前田雅英『刑法各論講義〔第6版〕』（2015、東京大学出版会）40頁、須之内克彦『刑法概説各論〔第2版〕』（2014、成文堂）35頁など。
- 50 小暮ほか編・前掲註（15）56頁〔町野〕。
- 51 平場ほか編・前掲註（15）295頁〔平野〕。
- 52 川本・前掲註（3）145頁。

- 53 小暮ほか編・前掲註 (15) 56 頁 [町野]。
- 54 三井・前掲註 (24) 249 頁。
- 55 今田秀夫「判例を機縁として過失致死傷罪を論ず (一)」法律学研究 28 巻 7 号 (1931) 142 頁。ただし、原典を入手することができなかったため、川本・前掲註 (3) 140 頁に依拠した。
- 56 これを業務概念の本質的要素と捉えるのであれば、反復継続性の要件を不要とと解することにも合理性があると思われる。
- 57 業務上過失致死傷罪を公共的危険犯と解することを問題視する見解として、酒井安行「業務上過失致死傷罪における業務概念についての管見」曾根威彦ほか編『岡野光雄先生古稀記念 交通刑事法の現代的課題』(2006、成文堂) 338 頁。
- 58 山口・前掲註 (15) 68 頁。
- 59 ちなみに、平成 27 年度犯罪白書によると、平成 26 年の自動車運転過失を含む過失傷害 (刑法典第 28 章の罪) の検察庁終局処理人員 (562,152 人) の構成は、公判請求が 1 %、略式命令請求が 8.9%、不起訴が 86.8%、家庭裁判所送致 3.3% であり、裁判所の処理としても、通常第一審の有罪人員のうち自由刑は 4,511 人で実刑率は 5.2%、罰金は 49,130 人となっている。
- 60 松原芳博『刑法各論』(2016、日本評論社) 76 頁。

(たにわき・まさと 桐蔭横浜大学法学部准教授)